

O QUINTO CONSTITUCIONAL NA BERLINDA

Nildomar da Silveira Soares*

Em verdade, não convinha, em momento de festa para os defensores do instituto aqui tratado, colocar na berlinda o tema “quinto constitucional”, uma criação do constituinte para “injetar nos tribunais o fruto da experiência haurida em situações outras que a do juiz”¹. Acontece, porém, que a questão é, permanentemente, “alvo de críticas” e sempre “está na ordem do dia”; aliás, são estas as expressões definidoras da palavra berlinda, segundo os nossos dicionaristas.

Mesmo desobedecendo ao senso de oportunidade e desafiando-o, além de reconhecer não me constituir na pessoa indicada, por ser novel integrante do “quinto” no judiciário piauiense, resolvemos, neste ano de 2004, quando o instituto completa 70 anos, colocar no papel o resultado de algumas pesquisas e trazer opiniões que levarão o leitor a mergulhar em necessárias e profundas reflexões. Não serei, aqui, o dono da verdade nem o crítico severo dos entendimentos contrários. A realidade mostra que, mesmo já trans-

* *Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Piauí e Desembargador do Tribunal de Justiça do Piauí.*

1 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo. Saraiva. 1993, p. 534.

corridas sete décadas, continua esse longo “princípio do quinto” expresso nas constituições federais brasileiras e, obviamente, produzindo os seus frutos...

Nossa pesquisa iniciou-se na Constituição promulgada em 1891, definida como “grande monumento de nossa erudição liberal”, que, em seus noventa e um artigos e oito disposições transitórias, nada aborda sobre o presente tema. Verifica-se que, curiosamente, ela já disciplinava as regras para nomeação dos Ministros do STF e, como ainda hoje, delegava a competência privativa ao Presidente da República, após manifestação do Senado Federal.

Seguimos em frente, até atingirmos o exato momento da chegada, no ordenamento jurídico pátrio, do hoje setuagenário instituto. A Carta Magna Republicana de 16 de julho de 1934, que inaugurou, “com a nova Declaração de Direitos, o Estado social brasileiro”², veio a introduzir, no § 6º do seu art. 104³, a figura do chamado “quinto constitucional”.

Sobre esse surgimento, o mestre Roberto Rosa assim comentou: “Então, na Constituição de 34 veio a participação do quinto constitucional, isto é, a integração dos advogados, do Ministério Público na composição dos tribunais”⁴.

Nasceu ali, portanto, a figura jurídica que, não há negar, tem proporcionado, com o perpassar dos anos, o ingresso, na magistratura brasileira, de julgadores ilustres, portadores de conheci-

2 BONAVIDES, Paulo/Paes de Andrade. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 327.

3 “Art. 104 — Compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciárias e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos arts. 64 a 72 da Constituição, mesmo quanto à requisição de força federal, ainda os princípios seguintes: [...]”.

“§ 6º Na composição dos tribunais superiores serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista tríplice, organizada na forma do § 3º [...]”.

4 ROSA, Roberto. *A Advocacia-Geral da União*, in *A Constituição Brasileira 1988: Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Fundação Dom Cabral: Academia Internacional de Direito e Economia, 1988, p. 270.

tos invejáveis e marcados pela experiência profissional, visão ampliada e, com certeza, experimentados nas lides forenses.

Sobre a participação do advogado nos tribunais, vale transcrever, aqui, o escrito pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso⁵: “um quinto dos juízes dos Regionais Federais, já falamos, será de advogados e membros do Ministério Público. Trata-se de uma salutar medida acolhida no Poder Judiciário, consistente no dotar os tribunais de um grupo de juízes que não são de carreira, de homens que conhecem os problemas da Justiça, problemas que os juízes de carreira comumente não estão a par, homens que vão enriquecer os tribunais com a sua experiência”. Acrescenta, em seguida: “os integrantes do quinto são advogados que militam intensamente nos auditórios e que, muitas vezes, nos dão notícia de problemas da Justiça de que nós ministros, no ar condicionado dos nossos gabinetes, não poderíamos tomar conhecimento”.

Cumpre-nos registrar, por necessário, que, com tais comentários elogiáveis, não desejamos, neste despretensioso artigo, nem de longe, ombrear-nos com os magistrados favorecidos de incontáveis méritos, achando, por bem, continuar mantendo, sempre, a necessária e devida distância, pela modestia dos conhecimentos que amealhamos ao longo de nossa vida como profissional do direito.

Mais adiante, levados, ainda, pelas buscas, constatamos que as Constituições Federais brasileiras, seguintes à de 1934, mantiveram o mesmo disciplinamento, como no art. 105⁶; no

5 VELLOSO, Min. Carlos Mário da Silva. *Os Tribunais Federais e a Justiça Federal*, in A Constituição Brasileira de 1988: Interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Fundação Dom Cabral: Academia Internacional de Direito e Economia, 1988, p. 244.

6 “Art. 105 – Na composição dos tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogados ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, organizando o Tribunal de Apelação uma lista tríplice”, in www.presidencia.gov.br.

inciso V do art. 124⁷; no inciso IV do art. 136⁸, e, finalmente, no art. 94⁹ das Cartas de 1937, 1946, 1967 e 1988, respectivamente.

Argumentam, porém, alguns autores, entre eles o nobre advogado tributarista Raul H. Haidar, de São Paulo, em artigo publicado sob o título “A Reforma do Judiciário e o quinto constitucional”¹⁰ que, “apesar da aparente ‘democratização’ ou ‘arejamento’ dos tribunais, a elaboração de listas sêxtuplas acaba por sujeitar os indicados a constrangedores pedidos de apoio, seja a conselheiros das seções da Ordem dos Advogados, seja a integrantes do Ministério Público, o que viabiliza a interferência de interesses ou sentimentos pessoais que em nada enriquecem o sistema de escolha. Ao submeter a lista sêxtupla ao crivo do próprio Tribunal de que o candidato deseja fazer parte, possibilita-se verdadeira

7 “Art. 124 – Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios [...].

“V – na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados e membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Para cada vaga, o Tribunal, em sessão e escrutínio secretos, votará lista tríplice. Escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado. [...]”, *in* www.presidencia.gov.br.

8 “Art. 136 – Os Estados organizarão a sua Justiça, observados os arts. 108 a 112 desta Constituição e os dispositivos seguintes: [...]”.

“IV – na composição de qualquer Tribunal será preenchido um quinto dos lugares por advogados em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Os lugares no Tribunal reservados a advogados ou membros do Ministério Público serão preenchidos, respectivamente, por advogados ou membros do Ministério Público, indicados em lista tríplice. [...]”, *in* www.presidencia.gov.br.

9 “Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

“Parágrafo único. Recebidas as indicações, o Tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação” *in* www.presidencia.gov.br.

10 *in* www1.jus.com.br e *Revista Consultor Jurídico*, de 5-10-99.

submissão da Advocacia e do Ministério ao Poder Judiciário, o que prejudica a liberdade e a autonomia dessas instituições, em evidente prejuízo do interesse maior da Justiça. Outrossim, após a escolha dos tribunais a decisão final pertence ao Poder Executivo. Isso acaba violando os mais elementares princípios de independência e autonomia que devem existir entre os poderes da República, ignorando o princípio clássico da sua tripartição. Não raras vezes a escolha final recai sobre o indicado que melhor tenha demonstrado defender os interesses do Executivo, desequilibrando a balança da Justiça”.

Sem dúvida, não se encontra isolado o pensamento do emente advogado autor do bem posto artigo, pois inúmeras outras autoridades no assunto comungam de igual entendimento, chegando mesmo, algumas delas, a cognominar os magistrados ocupantes de tais espaços nos tribunais de “para-quedistas” ou “corpos estranhos”. Esquecem-se estes últimos, porém, de que, se levarmos, *mutatis mutandis*, para o campo da ciência médica – guardadas, obviamente, as devidas proporções – vamos constatar que incontáveis corpos estranhos, não pertencentes a certos pacientes, são neles implantados, mantendo-os vivos para os embates do dia-a-dia.

É verdade que os integrantes do “quinto constitucional” não se submetem ao rigor da prévia aprovação em concurso público (art. 92, I, da Constituição Federal), caminho, aliás, natural para ocupação de cargos públicos, embora merecedor de cuidadosa atenção, pelos tropeços que têm marcado, aqui e ali, tantos desses certames de seleção, a exigir, cada vez mais, a necessidade de se conhecer a face oculta de inúmeros concursos no Brasil. Reservamo-nos a retornar ao tema mais adiante.

Desde a instituição do “quinto”, existe, por imperativo constitucional, uma rígida seleção e, por isso, no âmbito da OAB, seção do Piauí, *v.g.*, por ocasião da última escolha, e pela primeira vez, neste Estado, os critérios de seleção atenderam a novas exigências. Além da prova de contar os candidatos com mais de dez anos de experiência no ramo do direito, da assinatura de carta/compromisso contra o nepotismo, foram eles submetidos a uma eleição que contou, inicialmente, com a presença de todos os ad-

vogados inscritos na seccional piauiense aptos a votar, resultando do pleito a seleção de doze nomes. Em seguida, por meio de uma sessão pública, submeteram-se a uma sabatina, que contou com a presença de todos os integrantes do Conselho Seccional da entidade. Encerrado o debate, reuniram-se os membros do Conselho e, em votação secreta, formaram, dentre os doze selecionados na Assembléia-Geral, uma nova lista, desta vez sêxtupla, para envio ao egrégio Tribunal de Justiça. Este, por seu turno, também em votação secreta, presentes os Desembargadores, reduziu a lista para três nomes, encaminhando-a ao Chefe do Poder Executivo estadual, que se fixou em somente um, nomeando-o para a mais alta Corte de Justiça do Estado.

Há de indagar-se, ao final, se ficaram os desembargadores/ nomeados ou aqueles outros que chegaram ou chegarão ao ápice da carreira magistratural submissos aos desejos de milhares de advogados que o elegeram e, também, presos às vontades dos integrantes do Poder Judiciário. Não devemos esquecer a fórmula da escolha que, à exceção da adotada pelo Governador do Estado, opera-se por votações secretas, inviabilizando, pois, a insinuação de que este ou aquele votou no candidato escolhido.

Fixando-nos, de outra parte, no “prêmio”, como chamam alguns, concedido pelo primeiro mandatário do Estado ao advogado nomeado, cumpre-nos enfatizar, embora *ad argumentandum tantum*, que se poderia, ao acolher a tese do jurista acima citado, pensar no favor concedido e no desejo do autor da nomeação vir a buscar algumas benesses, em contrapartida ao ofertado. Não é desprezível recordar, de logo, que não imagina, *a priori*, o governante, sequer quais nomes chegarão às suas mãos para escolha, além de sabermos, por outro lado, da sua efêmera passagem à frente do Executivo, diante da sempre presente alternância no Poder. Não deslembrar, também, que o primeiro mandatário estadual acha-se no exercício do cargo, levado pelo sufrágio popular, em que cada cidadão encontrou o instrumento de expressão e decisão, sendo, portanto, de presumir-se, em última análise, tratar-se o escolhido de um homem íntegro, competente e cumpridor das leis, pois, em suas mãos, os eleitores colocaram os destinos do Estado.

Confessamos ser, ainda, daqueles que comungam da presunção de que a pessoa humana é boa por natureza, que a escolha deve operar-se tendo em mira os altos interesses da Justiça, e que não se pode e não se deve duvidar de tudo e de todos, a ponto de chegar-se, abruptamente, à aplicação do brocardo latino: *do ut des, facio ut des, do ut facias, facio ut facias*¹¹. Pensando assim, condenar-se-ia toda a vigente sistemática de investidura de diversos cargos similares nos tribunais superiores, e, sob o pálio da “justificativa” de eliminação da nefasta falta de honorabilidade inerente ao ser humano, jogar-se-ia, por terra, a constitucional competência privativa do Presidente da República quando nomeia, em caráter vitalício e sem concurso, os ministros do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores, bem como, igualmente, nomeia os ministros do Tribunal de Contas da União, os governadores dos Territórios, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União, o presidente e os diretores do Banco Central.

O princípio da separação de poderes, de há muito constatado por José Afonso da Silva,¹² encontra-se debatido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que, também, conceberam uma doutrina de separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu.

A independência dos poderes significa que: a) a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) no exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.

A *harmonia entre os poderes* verifica-se, primeiramente, pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De ou-

11 “Dou para que me dê, faço para que me dê, dou para que faça, faço para que faça” in Como traduzir e empregar o latim forense (brocardos e expressões). Gilberto Caldas. Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda. 1978, p. 64.

12 DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. revista e atualizada, Editora Malheiros.

tro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos. A busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade é indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e, especialmente, dos governados.

Se o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos com o fim de obter aprovação rápida de seus projetos, é-lhe, porém, facultado marcar prazo para sua apreciação, nos termos dos parágrafos do art. 64 da Carta Magna.

Se os tribunais não podem influir no Legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando neste caso.

O Presidente da República não interfere na função jurisdicional. Em compensação, os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob controle do Senado Federal, ao qual cabe aprovar o nome escolhido (art. 52, III, *a*, da Constituição Federal).

São esses alguns exemplos apenas do mecanismo dos freios e contrapesos, caracterizador da harmonia entre os poderes. Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco – que, aliás, integra o mecanismo – para evitarem distorções e desmandos. A desarmonia, porém, ocorre sempre que se acrescentam atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro. Nesse diapasão, forçoso é concluir que o “quinto constitucional” nada mais é senão a materialização do equilíbrio entre os poderes. Afinal, basta uma simples visão panorâmica para avistarmos, nos tribunais federais, as funções essenciais (arts. 96, 128 e 133 da CF/88) e permanentes de Estado. É esse o fundamento que escora e sustenta, até hoje, permitindo, pois, o afastamento do princípio do concurso público, no que toca aos membros dos tribunais.

Raciocinar diferente equivale a desconsiderar o ideário da separação dos poderes, subjulgando mesmo a idoneidade dos nossos representantes, tudo com o escopo de lançar, na mente de todos, conclusões, pretendendo impor que o concurso público é infalível, incorruptível e único meio de seleção viável; procurar convencer, cada um de nós, que o acesso à desembargadoria deve operar-se somente por juízes de primeiro grau, recrutados por concursos de provas e títulos, esquecendo o argumento de que poderão tais magistrados, ao longo de suas vidas magistraturais – se pensarmos somente em troca de favores –, ser eternos devedores de obséquios pelos votos recebidos dos senhores desembargadores, por ocasião de suas promoções por merecimento; por derradeiro, defender a tese de que os advogados, os magistrados e o Chefe do Poder Executivo – na disputa do preenchimento do “quinto constitucional” – são incompetentes para aferirem os graus de “reputação ilibada” e “notório saber jurídico” de cada concorrente do “quinto constitucional”.

No tocante à sugestão, às vezes ventilada, voltando, como compete, ao assunto anteriormente iniciado, de que o ingresso de advogado e de membro do Ministério Público, pelo “quinto constitucional”, deveria ocorrer por meio de seleção em concurso público, por ser o único meio disponível, comporta, nesse passo, transcrever o entendimento procedente do jurista piauiense Robertônio Pessoa¹³, que, com todas as letras, registra seu alerta ao dizer: “Em se tratando de ‘carreiras jurídicas’, tal preocupação se faz, ainda, mais presente, dada a posição estratégica tradicionalmente atribuída às mesmas no seio do Estado” e acrescenta, em seguida, que “constatamos, infelizmente, que o desencadeamento das transformações pretendidas pelas novas diretrizes curriculares tem encontrado um forte obstáculo no modelo de concurso público hoje difundido entre nós, principalmente aqueles destinados à seleção dos ocupantes das chamadas ‘carreiras jurídicas’ (advogados públicos, promotores, defensores públicos, magistrados). Tais concursos têm revelado, em sua grande maioria, uma lógica inteira-

13 Artigo “Formação Jurídica e Concursos Públicos – Lógica em conflito” in *Revista Jurídica*, Ano I, n. 1, setembro/2004, Novafapi Faculdade, Teresina, p. 7.

mente diversa, para não dizer contraditória, aos novos conceitos de formação e cultura jurídica”. Vêem-se, assim, por inegável, falhas na aplicação de certos concursos, fazendo surgir a falta de lisura, ocorrência de favorecimentos, subjetividade na correção das provas, e, como afirmação desses fatos, bastam as inúmeras ações em tramitação no judiciário brasileiro.

É de se pôr um fim nos concursos burocratizantes, pesados e demorados, optando-se por um sistema mais simples e bem mais confiável, para, em derradeira análise, poder-se – vez por todas –, com a segurança sonhada, garantir a isenção e a qualidade da escolha, permitindo, aí sim, afirmar que só o concurso público se constitui solução insubstituível.

Até lá, de tudo fica a certeza de que setenta anos se passaram de permanente vigência e aplicação, em nosso País, do “quinto constitucional”, e ele tem-se mostrado profícuo. Inúmeras constituições sucederam-se, tendo o Brasil sido governado por integrantes de partidos com marcas ideológicas diversas. Inovações legislativas operaram-se, defeitos corrigidos, emendas constitucionais promulgadas. Muito já foi passado em revista, e de pé continua o “quinto constitucional”. Longa vida tem percorrido, e prosseguem demonstrando operosidade os ocupantes do cargo, com insignificante índice de magistrados marcados por comportamento reprovável ou mesmo afastados e execrados do judiciário por atos criminosos.

Resta, pois, concluir com o velho adágio de que o tempo é, com certeza, um importante juiz da História, e, indubitavelmente, para a presente problemática, tem assim se mostrado.